

University of Groningen

Humane rechtsbetrekking in de lokale verzorgingsstaat

Tollenaar, Albertjan

Published in:

Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2016

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Tollenaar, A. (2016). Humane rechtsbetrekking in de lokale verzorgingsstaat. In *Rechtsstatelijke aspecten van de decentralisaties in het sociale domein* (blz. 27-61). (Serie Bestuursrecht & Bestuurskunde Groningen; Vol. 13). Rijksuniversiteit Groningen, Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Humane rechtsbetrekking in de lokale verzorgingsstaat

Albertjan Tollenaar

2.1 Inleiding en centrale vraagstelling

Het meest zichtbare aspect van de decentralisatie van het sociale domein betreft de verschuiving van taken, bevoegdheden en budget naar een lagere schaal van de overheid. Minder zichtbaar, maar voor de burger minstens zo belangrijk, is de herdefiniëring van de rechtsbetrekking tussen burger en overheid. De decentralisatie is immers deels gebaseerd op de premisse dat de lagere overheid dichter bij de burger staat, en daardoor beter in staat is maatwerk te leveren en de beleidsvoering integraal vorm te geven.¹ Dit zou moeten bijdragen aan bestuurlijke efficiëntie, oftewel: besparing op de uitgaven in het sociale domein.

Deze bijdrage gaat over dat aspect van de decentralisatie: de herijking van de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur. Door de burger centraal te stellen ontstaat iets wat men zou kunnen definiëren als de humane rechtsbetrekking: de rechtsbetrekking waarin het bestuur zich niet laat leiden door regels, maar door de problematiek van de burger die zich tot het bestuur wendt met een hulpvraag.²

De vraag die centraal staat, is in hoeverre de lokale verzorgingsstaat een humane rechtsbetrekking realiseert. Daaraan gekoppeld is de vraag hoe deze humane rechtsbetrekking kan worden gewaarborgd. Het eerste deel van deze vraag kan worden opgevat als een empirische vraag. Het is echter niet de bedoeling om een empirisch onderzoek te verrichten dat een volledige beschrijving van de praktijk bevat. Volstaan wordt met een duiding van verschijnselen die zich in het eerste jaar van de decentralisatie hebben voorgedaan.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2.2 wordt de beleidstheorie ontleed. De beleidstheorie valt uiteen in een gedeelte met primaire doelstellingen en een gedeelte met afgeleide doelen, waarbij (ook) de rechtsbe-

1. Vergelijk Fleurke & Polhuis 2015, p. 12-14. Zie voorts: Gilsing 2009, p. 40 e.v.

2. Vergelijk Nationale ombudsman 2007.

trekking tussen burger en overheid aan de orde komt. In paragraaf 2.3 volgt een literatuurverkenning over de vormgeving van de rechtsbetrekking tussen burger en overheid en de (on)mogelijkheid om daarin maatwerk te realiseren. Daarbij wordt aansluiting gezocht bij de literatuur over administrative justice. Paragraaf 2.4 biedt een overzicht van een drietal ontwikkelingen in de gedecentraliseerde verzorgingsstaat. Deze ontwikkelingen worden beoordeeld in het licht van de oorspronkelijke beleidstheorie en de literatuur over administrative justice. De bijdrage sluit af met een aantal conclusies en aanbevelingen waarmee de humane rechtsbetrekking kan worden bestendigd.

2.2 Beleidstheorie van de humane rechtsbetrekking

2.2.1 Reconstructie van een beleidstheorie

De veronderstellingen van de beleidsvoerder vormen tezamen een beleidstheorie.³ In de beleidstheorie kan een onderscheid worden gemaakt tussen doelen, tussendoelen en middelen. In deze paragraaf wordt een onderscheid gemaakt tussen de expliciete doelstellingen van de decentralisatie en de (impliciete) veronderstellingen over de werking van de instrumenten die aan het bereiken van die doelen bij zouden moeten dragen, meer in het bijzonder waar deze doelen en middelen de rechtsbetrekking tussen overheid en burger betreffen. De vraag is met andere woorden welke verwachtingen de wetgever had ten aanzien van de getransformeerde rechtsbetrekking in de gedecentraliseerde verzorgingsstaat. Hoe zou die verhouding eruit moeten zien (wat zijn de kenmerken) en hoe (op welke wijze) zou deze rechtsbetrekking bijdragen aan de doelstellingen die achter de decentralisatie schuil gaan?

Om deze vragen te beantwoorden zijn beschikbare beleidsstukken bestudeerd. Dit zijn relevante passages uit de parlementaire geschiedenis,⁴ aangevuld met secundaire literatuur waaruit overwegingen van de wetgever kunnen worden afgeleid.⁵ De stukken zijn geanalyseerd op argumenten en redeneringen die betrekking hebben op de rechtsbetrekking die in de gedecentraliseerde verzorgingsstaat ontstaat.

Omdat de decentralisatie betrekking heeft op drie afzonderlijke wetgevingstrajecten (jeugdzorg, maatschappelijke ondersteuning en participatie), wordt de beleidstheorie van deze drie trajecten eerst afzonderlijk beschreven en vervolgens onderling vergeleken. Dit maakt het mogelijk een gecombi-

3. Hoogerwerf & Herweijer 2014, p. 225.

4. Dit zijn de dossierstukken behorend bij dossier 33 841 (Wet maatschappelijke ondersteuning 2015), 33 684 (Jeugdwet) en 33 161 (vanaf stuk 107 toen de titel van het wetsvoorstel werd gewijzigd van Invoeringswet Wet werk naar vermogen in Invoeringswet Participatiewet).

5. Waaronder correspondentie met relevante partijen in het veld die zich rondom de codificatie van de wetgeving hebben geroerd, zoals de Vereniging Nederlandse Gemeenten of de Raad voor de Rechtspraak.

neerde meta-beleidstheorie te beschrijven, oftewel de onderliggende rationaliteit waarop de wetgever zich in alle drie de trajecten beroept.

Van belang is om op te merken dat de beschrijving van de beleidstheorie zich beperkt tot de rechtsbetrekking in *procedurele* zin. Materiële wijzigingen in de rechtsbetrekking, dus over de aard en omvang van de te verstrekken zorg, blijven buiten beschouwing. Het draait feitelijk om de vraag: ‘hoe komt de burger aan zijn recht?’ en niet om de vraag wat dat recht precies inhoudt.

2.2.2 Primaire beleidsdoelstellingen van de decentralisaties

Jeugdzorg

De transformatie in de jeugdzorg heeft plaatsgevonden in de vorm van de Jeugdwet. In de Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel voor de Jeugdwet worden drie doelen genoemd: vereenvoudiging, efficiëntie en effectiviteit. Het uiteindelijke hoofddoel is het versterken van de eigen kracht van de jongere en het vergroten van het zorgend en probleemoplossend vermogen van het gezin en de sociale omgeving.⁶

Om dit hoofddoel van decentralisatie te bereiken zijn vijf subdoelen geformuleerd:⁷

1. preventie en eigen verantwoordelijkheid, waaronder dan ook wordt verstaan het gebruik van eigen mogelijkheden en inzet van sociaal netwerk;
2. demedicaliseren, ontzorgen en normaliseren door opvoedkundig klimaat te versterken in gezinnen, wijken, scholen en voorzieningen als kinderopvang en peuterspeelzalen
3. eerder de juiste zorg op maat bieden om een beroep op dure gespecialiseerde hulp te reduceren;
4. integrale hulp aan gezinnen (‘een gezin, een plan, een regisseur’);
5. meer ruimte voor professionals om de juiste hulp te bieden door vermindering van regeldruk.

Wanneer men deze doelstellingen afzonderlijk beschouwt, vallen twee zaken op. Allereerst worden tegelijk met de doelen ook al de middelen/instrumenten genoemd. Het gebruik van het woord ‘door’ verraadt dat. Als voorbeeld: demedicalisering *door* een verandering in opvoedklimaat, meer ruimte voor professional *door* minder regeldruk. In zoverre is dus niet alleen sprake van een set aan subdoelen, maar worden tevens al enkele instrumenten genoemd waarmee die doelen moeten worden verwezenlijkt.

In de tweede plaats valt op dat de subdoelen kunnen worden onderscheiden in aspecten die de materiële omvang van de overheidszorg betreffen en gaan over de grens tussen private en publieke verantwoordelijkheid, terwijl

6. *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, 3, p. 2.

7. *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, 3, p. 2.

daarnaast subdoelen worden geformuleerd die betrekking hebben op de institutionele vormgeving waarmee die grens moet worden verkend. Vergelijk de subdoelen preventie en eigen verantwoordelijkheid, demedicaliseren, ontzorgen met ‘tijdig de juiste hulp’, ‘integrale hulp aan gezinnen’ en ‘meer ruimte voor professionals’.

Voor wat betreft de rechtsbetrekking tussen burger en overheid zijn die laatste subdoelen het meest interessant: tijdig juiste hulpverlening, zo integraal mogelijk met veel ruimte voor de professional. Deze subdoelen kunnen immers leiden tot een verandering van de vormgeving van de rechtsbetrekking.

Maatschappelijke ondersteuning

De Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 vormt de grondslag voor de zorg voor ‘mensen met een beperking, chronische psychische of psychosociale problemen’. De ondersteuning moet erop gericht zijn dat mensen zo lang mogelijk in de eigen leefomgeving kunnen blijven. ‘Voor mensen met psychische of psychosociale problemen of voor mensen die, al dan niet in verband met risico’s voor hun veiligheid als gevolg van huiselijk geweld, de thuissituatie hebben verlaten, voorzien gemeenten in de behoefte aan beschermd wonen en opvang.’⁸

Het beleidsdoel dat ten grondslag ligt aan de transformatie in dit domein, hangt samen met de hervorming van de langdurige zorg. In een ministeriële brief over de toekomst van de AWBZ wordt uiteengezet welke doelstellingen de beleidsvoerder heeft.⁹ Er worden drie doelstellingen onderscheiden. Allereerst wordt beoogd de organisatie van de langdurige zorg aan te passen aan de veranderde omstandigheden, waaronder de veronderstelde wens om zo lang mogelijk zelfstandig thuis te wonen zonder eenzaam te zijn. Een tweede doelstelling betreft de waarborging van de financiële houdbaarheid van het stelsel omdat het stelsel van de AWBZ overbelast is geraakt. In de derde plaats wordt beoogd de omvang van de zorg niet afhankelijk te maken van betaalde en verzekerde zorg, zonder dat het stelsel volledig wordt gebaseerd op liefdadigheid.¹⁰

De beleidsdoelstellingen hebben met name betrekking op de *omvang* van de overheidszorg en niet zozeer op de organisatie van de rechtsbetrekking die daarbij past, zoals bij de Jeugdwet nog wel het geval is. Over die rechtsbetrekking wordt wel het een en ander opgemerkt in de Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel. Zo wordt van gemeenten verwacht dat zij de verantwoordelijkheid voor maatschappelijke ondersteuning vormgeven in ‘een zorgvuldige en professionele dienstverlening’. Het wetsvoorstel zou daartoe een balans bevatten ‘tussen waarborgen voor passende ondersteuning van

8. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3 (MvT), p. 1.

9. *Kamerstukken II* 2012/13, 30597, 296.

10. *Kamerstukken II* 2012/13, 30597, 296.

goede kwaliteit en voldoende rechtszekerheid voor mensen enerzijds en de randvoorwaardelijke beleidsruimte voor gemeenten anderzijds.¹¹ Bovendien wordt verwacht dat gemeenten de beleidsruimte die zij ontvangen zullen benutten om het beleid vorm te geven op basis van de regionale omstandigheden, behoeften en gewoonten. Het voorzieningenniveau in gemeenten zal meer van elkaar gaan verschillen.¹²

Hoewel hierin geen duidelijk beleidsdoel kan worden gelezen, lijkt de beleidsvoerder zich bewust van een noodzakelijke verandering in de rechtsbetrekking met de burger, die in ieder geval ruimte laat voor verschillen tussen gemeenten.

Participatie

De laatste decentralisatie is vormgegeven in de Participatiewet. De doelstelling van deze wet is om iedereen met arbeidsvermogen naar werk toe te leiden, bij voorkeur naar regulier werk.¹³ De Participatiewet is vormgegeven als een integratie van verschillende wettelijke regimes die allen dezelfde doelgroep betreffen: mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt, waaronder mensen met een arbeidsbeperking. Hiertoe worden in de Participatiewet onderdelen van de Wet sociale werkvoorziening (Wsw), de Wet werk en arbeidsondersteuning jonggehandicapten (Wajong) en de Wet werk en bijstand (WWB) samengevoegd.

Bij de uitwerking van de centrale beleidsdoelstelling verwijst de beleidsvoerder naar de afhankelijkheid van andere actoren, waaronder sociale partners (werknemers en werkgevers), die immers bij de keuzes omtrent werving en selectie van werknemers bepalen of mensen met een arbeidsbeperking inderdaad toegang krijgen tot regulier werk.¹⁴ De beleidsvoerder verwijst daarbij naar het sociaal akkoord dat met de sociale partners is gesloten.¹⁵ De verwijzing naar dit sociaal akkoord laat in ieder geval zien dat de Participatiewet als zodanig slechts een onderdeel is van een overkoepelend beleid dat gericht is op het vergroten van participatie van mensen op de arbeidsmarkt. Juist voor deze beleidsambitie geldt dat de wetgever in de Participatiewet een relatief beperkt instrumentarium creëert of wijzigt.

Ten aanzien van de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur signaleert de wetgever dat de verschillende rechten en plichten in de verschillende regelingen weinig activerend zijn. De wetgever wijt dit aan het bestaan van verschillende regelingen die uiteindelijk dezelfde doelgroep betreffen. Met de Participatiewet gaan voor iedereen in de doelgroep dezelfde rechten en plichten gelden.¹⁶ Dit komt er feitelijk op neer dat een deel van de doelgroep - met

11. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3 (MvT), p. 117.

12. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3 (MvT), p. 4.

13. *Kamerstukken II* 2013/14, 33161, 107, p. 38.

14. *Kamerstukken II* 2013/14, 33161, 107, p. 39.

15. *Kamerstukken II* 2012/13, 33410, 15.

16. *Kamerstukken II* 2013/14, 33161, 107, p. 38.

name jongeren met arbeidsvermogen - niet langer onder de reikwijdte van de Wajong valt, maar onder de reikwijdte van de Participatiewet.¹⁷ Feitelijk betekent dit dat de Wajong-uitkering voor deze groep wordt ingewisseld voor een (lagere) bijstandsuitkering, met de bijbehorende plichten.

Vergelijking

Wat betreft de doelstellingen van de drie decentralisaties valt op dat deze - begrijpelijkerwijs - vooral betrekking hebben op de definiëring van de omvang van de overheidszorg ten opzichte van de omvang van de eigen verantwoordelijkheid. Toch wordt met name in de Jeugdwet gerefereerd aan een beoogde verandering in de vormgeving van de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur. Het gaat dan vooral om de beoogde ruimte voor de professional om in een vroegtijdig stadium de juiste beslissing te nemen. Bij de Wmo 2015 erkent de wetgever dat verschillen zullen ontstaan en bij de Participatiewet wordt vooral benadrukt dat de burger integraal moet worden bejegend. In de volgende paragraaf worden deze kenmerken verder uitgewerkt.

2.2.3 Veranderde rechtsbetrekking

De primaire doelstellingen van de decentralisatie in het sociale domein worden bereikt door een aantal instrumenten. Voor een deel zijn deze instrumenten in de wetgeving verwerkt. De wijziging van bekostiging (bezuiniging) en verschuiving van bevoegdheden zijn twee in het oog springende instrumenten.

Andere instrumenten hebben betrekking op de vormgeving van de rechtsbetrekking tussen burger en overheid. Deze instrumenten komen in deze paragraaf aan de orde, althans voor zover ze door de wetgever zijn voorgescreven of voorgesteld. Drie instrumenten worden besproken. Deze instrumenten hebben betrekking op de totstandkoming ervan (de melding), het onderzoek naar de rechten en plichten (het keukentafelgesprek) en de realisering van de rechten en plichten (wijkteams en private zorgverleners).

Totstandkoming rechtsbetrekking: de melding

Eén van de primaire beleidsdoelstellingen betreft de integrale ondersteuning. Om die integrale ondersteuning vorm te geven wordt van de burger verwacht dat deze zijn zorgvraag meldt met een zogenaamde ‘melding’. De melding luidt een fase van onderzoek in, voorafgaand aan de uiteindelijke aanvraag waarop wordt beslist. Dit systeem van ‘meldingen’ is geïntroduceerd in de Wmo 2015 en wordt gezien als een procedurele faciliteit om ‘met een bredere blik’ ‘de mogelijkheden van een goed arrangement van ondersteuning te bezien’.¹⁸

17. *Kamerstukken II* 2013/14, 33161, 107, p. 38.

18. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 21.

In de Memorie van Toelichting bij de Wmo 2015 wordt overwogen dat eenieder zich bij de gemeente kan melden. De melding is vormvrij en kan bijvoorbeeld telefonisch of via internet plaatsvinden.¹⁹ De ontvangst van de melding wordt aan de cliënt bevestigd en door het college geregistreerd. Met het splitsen van melding en onderzoeksfase en de aanvraag die leidt tot de toekenning of afwijzing van de voorziening, wil de regering de zorgvuldigheid van de afweging waarborgen en juridisering zoveel mogelijk voorkomen.²⁰

De Raad van State en de Raad voor de Rechtspraak waren kritisch op de introductie van de melding. De Raad voor de Rechtspraak vraagt zich af wat de status is van de uitkomst van het onderzoek naar aanleiding van de melding. Is dat niet eigenlijk een appellabel besluit?²¹ De Raad voor de Rechtspraak acht het onvoldoende duidelijk waarom de wetgever op dit punt afwijkt van de systematiek van de Awb en vindt het van belang dat wordt voorkomen dat een negatieve uitkomst van het onderzoek naar aanleiding van de melding zich onttrekt aan een rechterlijke toets. Bij een negatieve uitkomst ligt het immers voor de hand dat geen aanvraag wordt gedaan en wordt dus geen besluit genomen.

De Raad van State heeft kritiek vanuit een ander perspectief. De Raad is van mening dat de procedure met de melding die voorafgaat aan individueel onderzoek, meer belooft dan waar kan worden gemaakt.²² Juist ook omdat de onderzoeksfase die volgt na de melding wordt gekenmerkt door het beginsel ‘geen toekenning, tenzij’. De kritiek van de Raad van State komt er dus op neer dat de burger in de onderzoeksfase vooral wordt afgehouden van het doen van een aanvraag. Kortom: burgers die met de melding aangeven een zorgbehoefte te ervaren, worden afgeschrikt om een aanvraag te doen. Dat zou de burger van toegang tot het recht kunnen afhouden. Daarbij is de Raad van State bovendien van oordeel dat de uitkomst van het onderzoek wellicht kan worden aangemerkt als besluit indien daaruit volgt dat een aanvraag om een maatwerkvoorziening vrijwel zeker zal worden afgewezen.²³

Overigens geldt het systeem van de melding voorafgaand aan de eigenlijke aanvraag alleen voor de Wmo 2015. Voor de andere wetten in het sociale domein (Participatiewet en Jeugdwet) wordt niet een dergelijk systeem voorgesteld. Voor de Jeugdwet geldt echter dat in veel gemeentelijke verordeningen wel een vergelijkbare systematiek wordt voorgeschreven.²⁴ de hulpbehoevende jeugdige dient zich te melden met een ‘hulpvraag’, waarna onderzoek plaatsvindt en uiteindelijk een aanvraag kan worden ingediend.²⁵ In

19. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 29.

20. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 32.

21. Raad voor de Rechtspraak-advies *Wmo* 2013, p. 3

22. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 4, p. 15.

23. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 4, p. 16.

24. Gebaseerd op de VNG modelverordening.

25. Zie: Elfferink 2015.

zoverre breidt de systematiek die is gekozen, met de melding voorafgaand aan de aanvraag, zich dus verder uit in het sociale domein.

Onderzoek: keukentafelgesprek en cliëntondersteuning

Na de melding krijgt de rechtsbetrekking verder vorm in een fase van onderzoek. Dit onderzoek vormt een cruciale fase die bijdraagt aan de primaire doelstellingen van de wetgever, omdat daarin de ‘eigen kracht’, de ‘eigen verantwoordelijkheid’ en de mogelijkheden van het sociale netwerk in kaart worden gebracht.²⁶ Dit onderzoek wordt vaak aangeduid als het keukentafelgesprek.

Hoewel het keukentafelgesprek als instrument tot volle wasdom lijkt te zijn gekomen bij de decentralisatie in het sociale domein, is het verschijnsel als instrument reeds eerder bekend. Gemeenten experimenteerden al met dit instrument in het kader van ‘de kanteling’ van de ‘oude’ Wmo. Hierbij werd ook geprobeerd meer maatwerk te bieden en burgers op de eigen verantwoordelijkheid te wijzen. De wetgever verwees voor het eerst naar het keukentafelgesprek in het voortraject van de Wmo 2015.²⁷ Later drong dit instrument door in de andere wetten in het sociale domein; eerst in de Participatiewet en vervolgens de Jeugdwet.²⁸ Tegelijkertijd verschoof het doel van het keukentafelgesprek van ‘het bieden van maatwerk door zorgvuldig onderzoek te doen’, naar ‘het mogelijk maken van een integrale gevalsbehandeling’ en ‘het vergroten van de kwaliteit en effectiviteit van gemeentelijke dienstverlening’.²⁹

Overigens is van belang om op te merken dat de wetgever geen keukentafelgesprek voorschrijft. Het wettelijke systeem voorziet slechts in de plicht om bij maatwerkvoorzieningen een onderzoek te doen in samenspraak met degene door of namens wie de melding is gedaan (zie art. 2.3.2 Wmo 2015). De frase ‘in samenspraak’ lijkt te wijzen op een interactie, waarbij de melder zelf in ieder geval niet lijdzaam moet afwachten hoe dat onderzoek eruit komt te zien. In zoverre kan men op zijn hoogst constateren dat de wetgever een dialoog suggereert; of dat nu aan de keukentafel plaatsvindt of niet.

De wetgever beseft dat de positie van de burger aan de keukentafel ronduit zwak is. Het gaat immers om burgers die zich met een hulpvraag tot de overheid wenden. Daaruit kan al worden afgeleid dat het niet om burgers gaat die zich zelfstandig redden. De burger die in het keukentafelgesprek wordt besproken, behoort tot de categorie zwakkeren en hulpbehoevenden. Om de

26. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 25.

27. Om precies te zijn in *Kamerstukken II* 2012/13, 33127, 3, p. 7 (de Memorie van Toelichting bij de Wijziging van de Wet maatschappelijke ondersteuning in verband met de uitbreiding van gemeentelijke taken op het terrein van de begeleiding en een gewijzigde verdeling van de bestuurlijke verantwoordelijkheid). Dit wetsvoorstel is ingetrokken tegelijk met de aankondiging van de Wmo 2015 (zie *Kamerstukken II* 2012/13, 69).

28. *Kamerstukken II* 2012/13, 29817, 102, p.4 en *Kamerstukken II* 2014/15, 31839, 419, p. 8.

29. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 108.

verhoudingen aan de keukentafel enigszins te herstellen heeft de wetgever voorzien in ‘cliëntondersteuning’. Deze cliëntondersteuning vormt onderdeel van de Wmo 2015 en wordt in artikel 2.2.4 Wmo 2015 voorgeschreven: het gemeentebestuur moet ervoor zorgdragen dat cliëntondersteuning beschikbaar is. Van de cliëntondersteuning wordt verwacht dat deze een belangrijke rol speelt gedurende het onderzoek, doordat de ondersteuning de cliënt helpt in het gesprek zijn hulpvraag te verwoorden en keuzes te maken.³⁰ De wetgever achtte het van belang dat degene die ondersteuning biedt daadwerkelijk het belang van de cliënt dient en dat de cliënt het gevoel heeft dat deze persoon naast hem staat en in de positie is om zijn belang te dienen.³¹

De wetgever heeft de rechtsbetrekking tussen burger en bestuur dus op twee manieren gewijzigd voor wat betreft de fase van onderzoek. Enerzijds door de opdracht aan het gemeentebestuur om ‘samenspraak’ te organiseren en anderzijds door de plicht om daarbij cliëntondersteuning te bieden. Deze twee ingrepen moeten het onderzoek mogelijk maken om de ondersteuning van overheidswege (indien noodzakelijk) af te stemmen op de eigen mogelijkheden, de eigen verantwoordelijkheid en het eigen netwerk.

Realisering: wijkteams en private hulpverleners

De uiteindelijke ondersteuning vindt plaats in een institutionele context die met de decentralisaties eveneens is gewijzigd. De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis veel aandacht voor de ruimte van de professional.³² De professional wordt op twee manieren ingeschakeld. Enerzijds springen de zogenaamde wijkteams als voorportaal van gemeentelijke zorg in het oog.³³ Anderzijds heeft de wetgever ook veel aandacht voor de private zorgverleners (‘aanbieder’ in de Wmo 2015) die in de praktijk de ondersteuning realiseren. Beide ingrepen zijn van hetzelfde laken een pak: de professional moet de ondersteuning bieden die noodzakelijk wordt geacht.

Sociale wijkteams zijn geen nieuw verschijnsel. De Boer & Van der Lans leggen de kiem van de integrale wijkteams bij de wijkenaanpak in het kabinet Balkenende-Bos in 2007.³⁴ De wijkenaanpak vergde samenwerking tussen corporaties, welzijnsinstellingen, gemeenten en rijksoverheid, waarbij onorthodoxe werkvormen pasten. De wijkteams waren geboren. Onder deze noemer vallen tal van verschillende soorten samenwerkingsverbanden, met een grote variatie wat betreft de typen organisaties die aan het samenwerkingsverband deelnemen en wat betreft het soort taken dat deze samenwerkingsverbanden uitvoeren. Deze taken liepen uiteen van het verdelen van subsidie-

30. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 34, p. 190.

31. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 34, p. 190.

32. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 24.

33. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 23.

34. De Boer & Van der Lans 2013, p. 28.

gelden om leefbaarheid te vergroten tot het organiseren van hulp- en zorgverlening.

Met de decentralisaties heeft de wetgever de wijkteams omarmd. De wijkteams passen in de ambitie om integrale, lokale ondersteuning te bieden. Wijkteams zouden moeten bijdragen aan de ‘brede ondersteuning van de ingezetene’. Dat zou ook een doelmatigheidswinst met zich meebrengen, omdat de belanghebbende niet meer van het ene loket naar het andere loket wordt gestuurd.³⁵ Er zouden bovendien meer huishoudens in beeld komen en door vroegtijdige interventie zouden duurdere interventies (bijvoorbeeld uithuisplaatsingen, speciale scholingstrajecten, ondertoezichtstelling e.d.) ten gevolge van escalerende problematiek kunnen worden voorkomen.³⁶

Weliswaar schrijft de wetgeving niet voor dat een wijkteam wordt ingericht, maar in tal van beleidsstukken en rapporten, van onder meer Divosa en de VNG, wordt dit instrument wel genoemd als een wenselijke institutionele vormgeving. De samenstelling van het wijkteam hangt af van de behoeftes van de buurt en de door de gemeente gestelde doelen. Een sociaal wijkteam kan bestaan uit een generalist samenlevingsopbouw, een generalist individuele ondersteuning en hulpverlening en een generalist zorg.³⁷ Concreet genomen kan worden gedacht aan een buurtwerker (die de buurt kent, initiatieven neemt en buurtbewoners met elkaar verbindt), een maatschappelijk werker (die breed kan kijken en materiële en psychosociale problemen kan aanpakken) en een wijkverpleegkundige (die kennis heeft van de fysieke zorg).

De wenselijkheid van het wijkteam is ook te vinden in de parlementaire geschiedenis van de Jeugdwet.³⁸ Voor de Participatiewet blijkt samenwerking in een wijkteam echter minder van belang. In zoverre is er dus een schot tussen het zorgdeel (Wmo 2015, Jeugdwet) en het inkomensdeel van de lokale verzorgingsstaat.

Analyse: de verandering van de rechtsbetrekking

De rechtsbetrekking tussen burger en overheid verandert met de decentralisatie. De wetgever heeft met nieuwe instrumenten de totstandkoming van de rechtsbetrekking, het onderzoek dat binnen de rechtsbetrekking plaatsvindt en de realisering van de rechten en plichten die dan ontstaan, gereguleerd. Sommige van deze instrumenten zijn in de wet geregeld (de melding, cliënt-ondersteuning), andere worden door de wetgever als wenselijke invulling van de rechtsbetrekking gezien (keukentafelgesprek, wijkteams).

De meest ‘harde’ wijziging die op de wet is gebaseerd, betreft de melding als entreevoorwaarde voor de uiteindelijke aanvraag. Hoewel de melding een informele handeling suggereert, is de keerzijde van de introductie van dit

35. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 24.

36. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 24.

37. Sok e.a. 2013, p. 10-12.

38. *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, 3, p. 27-28.

verschijnsel dat de aanvraag zelf aan extra voorwaarden moet voldoen. In zoverre is de herijking van de rechtsbetrekking in ieder geval voor wat betreft de totstandkoming van de aanvraag eerder verder gejuridiseerd in plaats van gedejuridiseerd.

De andere sporen in de wetgeving zijn beperkt tot de voorwaarde dat het onderzoek ‘in samenspraak’ plaatsvindt en dat het gemeentebestuur moet voorzien in cliëntondersteuning. De wetgever lijkt daarmee het oog te hebben op het compenseren van de inherente ongelijkheid die tussen overheid en burger bestaat. Tegelijkertijd gaan deze interventies in de rechtsbetrekking niet zo ver dat het resulteert in afdwingbare rechten en plichten. Een onderzoek dat niet ‘in samenspraak’ tot stand is gekomen, zal immers niet reeds om die reden niet voldoen aan elementaire eisen die aan deugdelijk onderzoek zijn verbonden (bijvoorbeeld voortvloeiend uit artikel 3:2 Awb). Bovendien blijkt uit die norm niet hoeveel samenspraak voldoende is. De meest banale vorm is dat de voorlopige conclusies uit het keukentafelgesprek met de betrokkene worden gedeeld voor diens visie, waarna die visie ook in het rapport terechtkomt, maar feitelijk geen rol spelen bij de totstandkoming van het voornemen omtrent de ondersteuning.³⁹

Waar de wetgeving zelf niet voorziet in een wijziging, wordt volstaan met financiële prikkels. Als voorbeeld kan worden gewezen op het extra budget voor het opzetten van wijkteams.⁴⁰ Dit laatste is illustratief voor de normering van de gewijzigde rechtsbetrekking: de wetgever geeft niet veel richting en geeft gemeentelijke bestuursorganen in beginsel alle ruimte. Het gevolg is dat elke gemeente kiest voor een eigen invulling van de wijkteams, zowel voor wat betreft samenstelling als voor wat betreft taken en bevoegdheden. Of de rechtsbetrekking daardoor humaner wordt, is maar zeer de vraag en hangt af van de beleidskeuzes die op gemeentelijk niveau zijn gemaakt.

Meer in het algemeen heeft de wetgever wel wat aandacht voor de dejuridisering van de rechtsbetrekking in het sociale domein, maar het is nog niet erg overtuigend. De wetgever noemt de dejuridisering alleen in de Memorie van Toelichting van de Wmo 2015 en brengt deze in verband met het zoeken naar vormen van alternatieve geschillenbeslechting, zoals mediation of een ombudsfunctie.⁴¹ Het lijkt erop dat de wetgever de herijking van de rechtsbetrekking vooral overlaat aan het bestuur en de uitvoering. In de uitvoering moeten nieuwe modaliteiten worden gezocht die tot humanisering van de rechtsbetrekking leiden.

39. Dit is een praktijk die in een aantal gemeenten is aangetroffen. Bij het keukentafelgesprek wordt dan een formulier ingevuld. Op dat formulier is voorzien in een kopje ‘reactie cliënt’ waar dan geregeld staat ‘cliënt zou willen dat alles bij het oude bleef’.

40. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 85.

41. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3, p. 10.

2.2.4 Tussenconclusie

De wetgever beoogt met de decentralisatie van het sociale domein de verhouding tussen burger en overheid te herijken. Deze herijking heeft primair betrekking op de materiële aanspraak die de burger heeft op overheidsondersteuning. Daarvan afgeleid is ook enige aandacht voor de wijze waarop deze aanspraak wordt gerealiseerd.

De wetgever kiest voor een rechtsbetrekking tussen overheid en burger die, in vergelijking met de fase voor de decentralisatie, kenmerken vertoont van dejuridisering in de zin dat minder expliciete rechten en plichten worden toegekend die bovendien minder eenvoudig in rechte kunnen worden afgedwongen. Het wettelijk kader biedt de ruimte aan een andere werkwijze die zich meer richt op eigen verantwoordelijkheid van de hulpvrager ('participatie') en daarnaast bij moet dragen aan een integrale oplossing ('één gezin, één plan, één regisseur'). Voor de burger zou dat moeten leiden tot een klantvriendelijkere en efficiëntere bejegening (niet meermalen dezelfde informatie verstrekken).

De wetgever beoogt daarnaast de burger mondiger te maken en een stem te geven bij de vormgeving van de te verkrijgen ondersteuning. Het keukentafelgesprek is daar een voorbeeld van: de wetgever eist immers 'samenpraak'. Anderzijds is die samenspraak soms ook gericht op het afhouden van overheidszorg. Het voorbeeld daarvan is de melding die uitmondt in een 'verleenbare' aanvraag. Mondt deze melding uit in een onderzoek waarin wordt geconcludeerd dat geen zorg wordt verleend, dan komt de burger in een mistige situatie terecht.

Voor wat betreft de wijkteams is het beeld nog onduidelijker. De wetgever noemt in de parlementaire stukken wel het wensbeeld dat gemeenten wijkteams oprichten, maar geeft geen richting aan de samenstelling of bevoegdheden van deze wijkteams. De totstandkoming wordt overgelaten aan de gemeenten zelf - daartoe aangespoord of geadviseerd door de VNG.

Al met al is het beeld dat uit de analyse van de beleidstheorie opdoemt gemengd. De wetgever wil de rechtsbetrekking met de burger informaliseren, dejuridiseren en laagdrempeliger maken. Daarbij moet deze rechtsbetrekking de mogelijkheid bieden om de (onplezierige) boodschap van eigen verantwoordelijkheid op een zodanige wijze over te brengen dat daar geen (juridische) geschillen over ontstaan. Dat gebeurt in sommige gevallen door de burger af te houden van het doen van een formele aanvraag (met de melding als voorportaal), en in andere gevallen door een institutionele context (keukentafelgesprek, wijkteams) te creëren die daaraan bijdraagt. Of de burger daadwerkelijk in een humane rechtsbetrekking terecht is gekomen, zal daarom sterk afhangen van hoe gemeenten (de uitvoerders van dit beleid) met deze beleidstheorie omgaan. De vraag blijft dus of gemeenten erin slagen de burger centraal te stellen, of zich blijven oriënteren op de regels.

2.3 Humane rechtstbetrekking en administrative justice

2.3.1 Inleiding

De vraag hoe burgers aan hun recht komen, raakt aan het concept van administratieve justice. Administrative justice wordt wel gezien als een set van evaluatiecriteria waarmee de rechtvaardigheid (justice) van bestuurlijke besluitvorming kan worden vastgesteld.⁴² Deze criteria zijn kenmerken van de besluitvormingsprocedure die argumenten geven voor de aanvaarding van de uitkomsten (de concrete besluiten).⁴³

Er is geen eenduidig beeld van de criteria of argumenten die daarbij een rol spelen. In de bijdragen die over administrative justice zijn geschreven, wordt steeds opnieuw benadrukt dat administrative justice een keuze inhoudt tussen twee of meer conflicterende criteria. Er is sprake van een ‘trade-off’ en de heilige graal of het ultieme model bestaat niet.⁴⁴ Dat betekent dat administratieve justice vooral bruikbaar is als concept om keuzes ten aanzien van de besluitvormingsprocedure kritisch te beschouwen en te spiegelen aan andere modellen of eerdere keuzes.⁴⁵

In het vervolg van deze paragraaf wordt de spanning tussen verschillende perspectieven op het overheidsbestuur bestudeerd aan de hand van drie bronnen: Roosenbloom, Mashaw en Adler. Tezamen geven deze bronnen een antwoord op de vraag wat de consequenties van de herijking van de rechtstbetrekking in de lokale verzorgingsstaat zijn voor de mate van administrative justice.

2.3.2 Roosenbloom: drie mechanismen in het bestuur

Administrative justice draait om het besef dat er buiten het recht ook andere mechanismen werken die het handelen van het bestuur beïnvloeden en soms onderling tot conflicterende eisen leiden.⁴⁶ Roosenbloom onderscheidt drie mechanismen (‘approaches’) die betrekking hebben op de werking van het bestuur. Deze mechanismen vallen uiteen in ‘managerial’, ‘political’ en ‘legal’. Roosenbloom laat zien dat deze drie mechanismen drie schillen vormen om het bestuurshandelen, die bovendien in een zekere sequentie in de bestuurskundige wetenschap centraal stonden.

42. Adler 2003.

43. Mashaw 1983, p. 24-25; Adler 2010, p. 148

44. Adler 2010, p. 152

45. Adler 2010, p. 154 en Herweijer 2005, p. 33-49, i.h.b. p. 42 e.v.

46. Roosenbloom 1983, p. 219.

Besturen als managementprobleem

De benadering dat besturen vooral te maken heeft met het managen van een organisatie, leunt sterk op de bureaucratiegedachte van Weber en Wilson.⁴⁷ Max Weber onderscheidde de ideaaltypische bureaucratie als sociaal construct dat - in zijn analyse - welvaart bracht. Bureaucratie bracht een zakelijke, efficiënte en eerlijke manier van bestuur, waarbij nepotisme en willekeur zijn uitgesloten. Juist het uitroeien van nepotisme en willekeur vormen aantoonbare factoren voor economische investeringen en - daarmee - welvaart.

Een belangrijk kenmerk van de bureaucratie is de hiërarchische structuur, waarbij degenen die overheidsgezag uitoefenen in een hiërarchische relatie staan tot een machthebber. De machthebber (de Herrscher) ontleent het gezag aan een legitieme bron.⁴⁸ De belangrijkste vondst van Weber is echter niet eens zozeer de constatering dat machthebbers gezag hebben, maar vooral de hiërarchie die onder dat gezag van de machthebber ontstaat en waarin de beslissingen tot stand komen. Concrete besluitvorming is daardoor onttrokken aan de luimen van de gezagsdrager.⁴⁹ In de hiërarchie domineren standaardisering en formalisering.⁵⁰ Het resultaat is een organisatie die in staat is om zonder aanzien des persoons ('sine ira et studio') vastgestelde regels op een juiste manier toe te passen en daarmee het publieke belang te dienen.

Wilson kwam tot een vergelijkbare analyse toen hij de vraag beantwoordde waarom in de Verenigde Staten van begin 20^e eeuw de economische groei achterbleef. In zijn perceptie vergt de bestudering van het overheidsbestuur het zoeken naar een organisatievorm die correct, succesvol en op een zo efficiënt mogelijke manier kan doen wat tot de overheidstaak wordt gerekend.⁵¹ Met deze opgave in het achterhoofd constateerde Wilson - net als Weber - dat een weerbare ambtelijke organisatie (civil service) de beste garantie vormt tegen willekeur en voor economische groei.

Welke consequenties kan men nu verbinden aan het werk van Weber en Wilson voor wat betreft de vraag wat rechtvaardig is en wat niet? Allereerst is er de empirische constatering van bijvoorbeeld Weber, en later herhaald door Merton, dat overheidsorganisaties een intrinsieke neiging hebben tot overmatig regelgeleid gedrag.⁵² Dit gedrag impliceert dat zelfs wanneer het bestuur beleidsvrijheid wordt geboden, bijvoorbeeld omdat veel vertrouwen bestaat in het inschattingsvermogen van de professionele bureaucraat, deze ruimte

47. Hoewel tussen Weber (Duits) en Woodrow Wilson (Amerikaan) een oceaan zat, komen beiden tot een vergelijkbare analyse van het overheidsbestuur. Zie hierover: Sager & Rosser 2009, p. 1136.

48. Vroom 1980, p. 12.

49. Vroom 1980, p. 27, p. 34.

50. Vroom 1980, p. 27, p. 14, 38.

51. Wilson 1941.

52. Merton 1957.

vanzelf dichtslibt met nadere regels en procedures die een invulling geven van de wil van de machthebber.

Een consequentie daarvan is dat de persoon met alle bijzondere kenmerken niet als zodanig wordt gezien, maar als ‘case’ waarvan alleen de voor de toepassing van de regel en procedure relevante kenmerken worden meegenomen.⁵³ Merton laat zien dat deze ritualisering leidt tot vervreemding van degenen die door de bureaucratische organisatie worden bediend.⁵⁴ Het vertrouwen in de professionele capaciteiten van de bureaucraat vervaagt langzaam door steeds verder normerende routineregels. Dit mechanisme is in latere studies keer op keer bevestigd.⁵⁵ Veel pogingen om bureaucratieën aan te zetten tot ‘maatwerk’ stranden op een onverzettelijke neiging tot regulering.

Bestuur als uitvoerder van de politieke wil

De realisering van de politieke wil vormt het tweede perspectief op het overheidsbestuur. Het voornaamste kenmerk van het bestuur als uitvoerder van de politieke wil betreft de neiging om het politieke belang een rol te geven in de besluitvorming.⁵⁶ Het politieke belang draait om macht: het verkrijgen en behouden van de macht om beleid vorm te geven. Dit spel om de macht draait om het overbruggen van tegengestelde (deel)belangen. Deze belangen worden vertegenwoordigd door verschillende groeperingen in het politieke debat. Men kan het bestuur zien als de resultante van de uitkomsten van dat politieke debat. Indien de regeltoepassing door het bestuur een uitkomst kent die in het politieke domein als ongewenst wordt gezien, ontstaat het mechanisme om regels terzijde te schuiven of juist regels aan te passen zodat een andere uitkomst mogelijk wordt.⁵⁷

Het bestuur als speelbal van de politieke wilsuitoefening levert uiteraard spanning op met het eerder gepresenteerde beeld van het bestuur als managementprobleem. Juist waar het politieke debat zich mengt in de fabrieksmatige besluitvorming van de bureaucratie, blijkt de beperking van de politieke wilsvorming. Recente voorbeelden van politieke inmenging in grote beschikkingenfabrieken,⁵⁸ zoals de IND of Belastingdienst, illustreren dat. De politieke wilsvorming kan wel een koerswijziging nastreven, maar de op procedures en regels gebaseerde bureaucratie verandert niet in een handomdraai.

53. Roosenbloom 198, p. 220.

54. Merton 1957.

55. Vergelijk Sainsbury 2008, p. 323-338.

56. Tollenaar & De Ridder 2010, p. 309 e.v.

57. Er zijn vele voorbeelden van deze politieke inmenging op beschikkingsfabrieken. Het meest zichtbaar is het wisselende beleid met betrekking tot het op afstand zetten van uitvoerende diensten. Zo is de IB-groep weer teruggenomen in de moederschoot van het ministerie van Onderwijs, en heeft het ministerie van Infrastructuur en Milieu zijn greep op Prorail versterkt.

58. Houweling 1996; Schuiling 1996.

Een fraai voorbeeld van waar de politieke wilsvorming op grenzen stuitte, vormt de beslissing om af te zien van de samenvoeging van alle toeslagen tot één huishoudtoeslag (een lang gekoesterde politieke wens), omdat dit niet realiseerbaar zou zijn door de uitvoerende Belastingdienst.⁵⁹ Andersom vormt het PGB-debacle een voorbeeld van politieke wilsvorming die soms onmogelijke eisen stelt aan de bureaucratische uitvoering.⁶⁰

Het mensbeeld dat past bij de realisering van de politieke wil, is dat van het individu als lid van een (pressie)groep die een deelbelang vertegenwoordigt. Met dit deelbelang vertegenwoordigt het individu - al naargelang de omstandigheden - een (electorale) macht.⁶¹ De macht van deze deelgroepen werkt door in de besluitvorming en kan de regeltoepassing beïnvloeden. De zichtbare elementen van politieke beïnvloeding houden verband met de beïnvloeding van de regulering. Verschijnselen als inspraak en cliëntenraden zijn daarvan de overblijfselen.⁶²

Wat betekent de politieke dimensie voor de rechtvaardigheid van bestuurlijke besluitvorming? Bezien vanuit het politieke domein draait besturen niet om efficiënte en regelgeleide besluitvorming, maar om representativiteit en responsiviteit. De besluitvorming moet zich oriënteren op de belangen van de belangengroepen die erdoor geraakt worden. De variatie aan belangen vormt een reden om afwijkingen van regels mogelijk te maken en deelbelangen zoveel mogelijk te dienen.

Bestuur als juridisch instrument

Het derde perspectief op het overheidsbestuur is het bestuur als juridisch instrument om de algemene regels die de wetgever formuleert in concrete gevallen toe te passen. Het juridische perspectief draait om checks and balances: controle op de regeltoepassing door een externe derde: de onafhankelijke rechter. Het juridische perspectief op het overheidsbestuur komt tot volle wasdom bij de ontwikkeling van het bestuursrecht,⁶³ met de bijbehorende juridisering van het overheidsbestuur. Juridisering vormt het verschijnsel waarmee onder de druk van een externe beoordeling door de rechter, interne besluitvormingsprocedures steeds verder formaliseren met interne ‘checks and balances’.⁶⁴

59. ‘Voorlopig geen huishoudtoeslag’, *Telegraaf* 14 april 2014. Telegraaf.nl (zoek op *huishoudtoeslag*).

60. Nationale ombudsman 2015.

61. Roosenbloom 1983, p. 222. Roosenbloom noemt daarbij als voorbeelden de ‘black vote’ en de ‘farm vote’ etc.

62. Dat deze niet altijd werken zoals bedoeld: Bröring & Tollenaar 2015.

63. In Nederland met Struycken die lange tijd obstructie bood voor een rechterlijke inmenging in de beoordeling van het bestuurshandelen. Zie Tollenaar & De Ridder, p. 309. In de Verenigde Staten vormt het werk van Goodwin een aangrijpingspunt: Goodwin 1905.

64. Vergelijk Dimock 1980, p. 31; dezelfde tendens is ook in Nederland te zien onder de druk van toezichthouders en rechters.

Het resultaat is de ontwikkeling van een constitutionele context met daarin algemene normen voor het bestuurshandelen. In de constitutionele context draait het uiteindelijk om de kernvraag naar de afbakening van het bestuurlijke domein: waar houdt de ruimte of vrijheid van het bestuur op en waar begint de rechterlijke controle? Deze vraag kent de spanning tussen enerzijds de erkenning van de bijzondere positie van het bestuur, dat terughoudendheid van de rechter verlangt, zeker waar de wetgever het bestuur ruimte heeft geboden in de vorm van een discretionaire bevoegdheid, en anderzijds de gevoelde noodzaak van rechterlijke controle. Dit probleem heeft recent opnieuw aandacht gekregen, bijvoorbeeld in het preadvies van Hirsch Ballin, waar hij schrijft dat een legitimiteitstekort dreigt te ontstaan waar de wetgever te veel ruimte laat die niet door de rechter wordt getoetst.⁶⁵ Aan de andere kant van de oceaan schrijft Klee iets vergelijkbaars. Zij bekritiseert het klasieke leerstuk van de Chevron deference - genoemd naar de Chevron zaak, waarin de Supreme Court het leerstuk construeert van de marginale toets voor (technische) regulering van een agency⁶⁶ - omdat voor bestuursorganen (agencies) een bijna oncontroleerbaar domein ontstaat. Klee verwijst daarbij naar een uitspraak van een medewerker van de Environmental Protection Agency (EPA) die in een publieke bijeenkomst reageerde op de vraag of hij bang was dat de beslissing zou worden aangevochten: 'no, because we will win as long as our decision is not clearly wrong.'⁶⁷

Wat levert dit gezichtspunt op? Zeker waar de wetgever daartoe expliciet heeft gekozen, heeft het bestuursorgaan de vrijheid om nadere (beleids)regels te maken en beleidsvrijheid in te vullen. Dit dwingt de rechter tot een marginale beoordeling. In concrete geschillen is de rechterlijke bescherming beperkt tot het procedurele zorgvuldigheidsbeginsel: heeft het bestuur wel een juist beeld van alle relevante feiten?⁶⁸ De zorgvuldigheidsnorm mondt uit in bijzondere aandacht voor de vormgeving van de procedure, waarin feiten worden vastgesteld en het individu wordt beschermd tegen de willekeurige uitoefening van de overheidsmacht.

Met de beschermende functie komt ook de tweede set aan waarden aan de oppervlakte: de bescherming van de persoonlijke rechten en vrijheden van burgers. Beginselen als legaliteit, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid vormen daarvan de praktische uitwerkingen.

De kritiek op de door bestuursorganen gevoelde (vergelijk de quote van de EPA-official) - en door omstanders soms ook ervaren⁶⁹ - rechtsvrije sfeer

65. Hirsch Ballin 2015, p. 43.

66. U.S. Supreme Court 25 Juni 1984 (*Chevron USA v Natural Resources Defense Council*), 467 US 837 (1984).

67. Klee 2014

68. Roosenbloom 1983, p. 223.

69. Tollenaar 2015, p. 203. Het betrof hier een quote van een rechtshulpverlener gespecialiseerd in het vreemdelingenrecht.

voor bestuursorganen, leidt tot een betoog dat de ‘administrative state’ een actievere rechter verlangt. In de praktijk blijkt de rechter zo nu en dan die ruimte ook te nemen. Recente voorbeelden waarin de Afdeling bestuursrecht-spraak het alcoholslotprogramma diskwalificeert,⁷⁰ het beleid omtrent de beboeting op grond van de WAV terzijde schuift⁷¹ en de Centrale Raad van Beroep die de Wet aanscherping handhaving SZW-wetgeving nader invult,⁷² vormen voorbeelden waarin de rechter die ruimte ook neemt. Dit zijn echter uitzonderingen: in de meeste gevallen blijkt de rechter niet in staat of geneigd om de bestuurlijke invulling van discretionaire ruimte indringend te toetsen.⁷³

Het mechanisme van de rechterlijke toets heeft dus niet altijd als consequentie dat beleid wordt herzien. De consequentie die echter wel aannemelijk is - en ook veelvuldig is vastgesteld⁷⁴ - is dát er beleid ontstaat. Waar de wetgever ruimte laat, soms met het oogmerk om maatwerk te leveren, ontstaan vanwege het eerder genoemde verschijnsel van juridisering, regels en procedures die deze ruimte invullen.

Dat laatste leidt tot een interessant spanningsveld dat juist in het juridische perspectief op het bestuur naar boven komt. Enerzijds is er de gevoelde noodzaak tot regulering en protocollisering gezien vanuit beginselen als rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en consistentie.⁷⁵ Dat is op zichzelf een verschijnsel dat goed past in de bureaucratische omgeving van het bestuur. Anderzijds is er de opdracht van de wetgever om maatwerk toe te passen en de burger, als drager van individuele rechten en plichten, zoveel mogelijk zijn rechten toe te kennen.⁷⁶ Dat is immers de oorspronkelijke reden om een bestuursorgaan met een ruime bestuursbevoegdheid te geven.

Vanuit een juridisch perspectief lost dit probleem zich op in de dogmatiek dat het bestuursorgaan zijn regels moet toepassen en moet afwijken indien de toepassing van de regel wegens bijzondere omstandigheden onevenredige gevolgen heeft.⁷⁷ De uitdaging zit hem echter vooral in de bureaucratische omgeving die een afwijking van vaststaande praktijk vaak tegenwerkt. Niet zelden sneeft een maatwerkambitie in de bureaucratische uitvoeringspraktijk.⁷⁸

70. ABRvS 4 maart 2015, *AB* 2015/160 in coördinatie met de HR 3 maart 2015, *NJB* 2015/558.

71. ABRvS 7 oktober 2015, *ECLI:NL:RVS:2015:3138*; ABRvS 21 oktober 2015, *ECLI:NL:RVS:2015:3251*.

72. CRvB 24 november 2014, *USZ* 2014/413 m.nt. Tollenaar. En de recente uitspraak CRvB 11 januari 2016, *NJB* 2016/217.

73. Schuurmans 2015.

74. Vergelijk Tollenaar 2006.

75. Nicolaï 1990, p. 415.

76. In de Awb is dat neergelegd in art. 3:4 lid 2 Awb en 4:84 Awb voor wat betreft de mogelijkheid om af te wijken van een beleidsregel.

77. Zie art. 4:84 Awb en het onderliggende evenredigheidsbeginsel zoals gecodificeerd in art. 3:4 lid 2 Awb.

78. Tollenaar 2006.

2.3.3 Mashaw: conflicterende besluitvormingsmodellen

In het werk van Mashaw verschuift het perspectief naar de vormgeving van de besluitvormingsprocedure, inclusief de persoon van de beslisser. Mashaw onderzoekt de spanning tussen de bureaucratische werkelijkheid en maatwerkambities van de wetgever in de Amerikaanse context.⁷⁹ Op basis van een casestudy naar de uitvoering van de disability benefits op grond van de social security act laat hij zien dat verschillende reguleringsstijlen leiden tot verschillende manieren van besluitvorming. In de discretionaire ruimte die in deze wetgeving ontstaat, ziet Mashaw drie modellen waarmee beslissingen worden gerechtvaardigd. De eerste is de bureaucratische rationaliteit, die gedreven is door efficiëntie en sterk leunt op de hiërarchische context. Een beslissing is goed indien het de doelen van het reguleringsprogramma maximaal verwezenlijkt.

De tweede betreft de ‘professional treatment’. In dit model staat de persoon van degene die de besluiten neemt centraler; deze heeft specifieke kennis en informatie en kan op basis van bijzondere expertise beslissen wat het beste is in dit geval. Het drijvende doel is niet het implementeren van de reguleringsdoelen, maar vooral het tevreden stellen van de cliënt. Vaak is cliënttevredenheid een tussendoel voor het verwezenlijken van die overstijgende doelen. Als voorbeeld van regulering die een ‘professional treatment’ vergde, kan worden gewezen op de studie van Sainsbury.⁸⁰ Het ging in deze studie feitelijk om een re-integratieproject, waarbij de ‘personal advisor’ de dienstverlening zou moeten aansluiten op de behoeften van de burger. Dat zou de burger kunnen activeren en uiteindelijk naar een betaalde baan kunnen leiden. Tegelijkertijd bleek in de praktijk het programma te zijn gereguleerd in de vorm van een voorgeschreven keuzemodel. De ‘personal advisors’ ervoeren daarop een spanning tussen enerzijds de professional treatment die gericht was op cliënttevredenheid en anderzijds de outputdruk van de bureaucratische organisatie. Dit ging goed totdat de personal advisor moest gaan handhaven en daarmee de cliënttevredenheid wel heel direct op het spel zette.

Het derde model dat Mashaw onderscheidt, is dat van de moral judgement.⁸¹ In dit model is de besluitvormingsprocedure erop gericht conflicten te beslechten: conflicten tussen twee partijen die iets anders willen, of het abstracte conflict tussen degene die iets wil en het publieke belang. Het ‘moral judgement’ model draait om het overbruggen van intrinsiek tegengestelde belangen. In dit model is besluitvorming waarden-georiënteerd: degene die

79. Mashaw 1983, p. 1.

80. Sainsbury 2008.

81. Mashaw 1983, p. 29. Adler noemt dit model ‘legal’; zie Adler 2010, p. 149.

besluiten neemt, moet de ruimte hebben om ‘gegeven de omstandigheden’ de feiten te kwalificeren en daaraan juridische consequenties te verbinden.⁸²

Mashaw laat in zijn studie zien dat in de ontwerpfase vaak een keuze wordt gemaakt met elementen uit alle drie de modellen. Een veelvoorkomende configuratie is die van het bureaucratische model (met maximale controle) tezamen met de ruimte voor de professional, die tegelijkertijd wel het publieke belang in de gaten moet houden (moral judgement) en dus niet te gemakkelijk moet toegeven. Mashaw concludeert dat deze ‘blend’ van modellen de beoordeling van besluitvorming lastig maakt.⁸³ Met andere woorden: bij het ontbreken van een duidelijke ontwerpkeuze gaat de besluitvorming hoe dan ook niet zoals verwacht, omdat in het ontwerp keuzes zijn gemaakt die de professionele of moral judgement onmogelijk maken.

2.3.4 Adler: procedure centraal

De tegenstrijdige verwachtingen van besluitvorming vormen de kern van het werk van Adler. Adler stelt de procedure centraal: ‘hoe komt de burger aan zijn recht?’⁸⁴ De beantwoording van deze vraag draait om formele aspecten van de besluitvormingsprocedure. Daarbij kan men een onderscheid maken tussen een organisatie-intern en een organisatie-extern perspectief.⁸⁵

Bij het organisatie-interne perspectief kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de invloed van digitalisering in de besluitvorming.⁸⁶ Digitalisering leidt tot een bijzondere bejegening van burgers en een bijzondere besluitvormingsmodus die enerzijds zeer uniform en snel is, maar zich anderzijds afsluit voor bijzondere kenmerken van de burger. In beide aspecten zitten argumenten waarom de uitkomst van de besluitvorming wordt aanvaard, of juist niet wordt aanvaard. Procedurele aanpassingen die bij de organisatie-interne benadering passen, vergen vaak geen grote structuurwijziging. Het zijn vaak managementkeuzes en een ‘andere manier van werken’.⁸⁷ Hoewel deze keuzes klein kunnen zijn, kunnen de uitkomsten op de ervaren administratieve justice groot zijn.

82. Mashaw 1983, p. 29. Mashaw stelt daarbij dat het niet gaat om het vaststellen van de feiten, maar om het juridisch kwalificeren ervan. Geluid is objectief vast te stellen, maar overlast is de juridische kwalificatie. Het draait in de ‘moral judgement’ om het laatste: het vertalen van feiten in juridische feiten.

83. Mashaw 1983, p. 40.

84. Adler verklaart dat uit het feit dat de inhoud van een besluit zich moeilijk laat beoordelen: er is niet één juist besluit. Adler 2010, p. 133.

85. Adler 2010, p. 141.

86. Tollenaar 2014.

87. Men kan bijvoorbeeld ook denken aan het gebruik van instrumenten als ‘auditing’, of ‘benchmarking’. Het zijn allemaal instrumenten bedoeld om een organisatie ‘beter’ te laten functioneren.

Bij een organisatie-extern perspectief passen de grote structuurkeuzes, zoals de vormgeving van rechterlijke controle, de instelling van een ombudsman. In dit externe perspectief draait het om het verdelen van bevoegdheden om beslissingen te vernietigen of te herzien. Het dragende idee bij dit externe perspectief is dat de burger toegang moet krijgen tot deze externe beoordelaar om aan zijn recht te kunnen komen. In het Verenigd Koninkrijk lag dat besef bijvoorbeeld ten grondslag aan de ontwikkeling van tribunals: het besef dat de rechter praktisch gezien niet toegankelijk is, leidt tot de noodzaak van een andere, laagdrempelige externe procedure.

2.3.5 Administrative justice in de lokale verzorgingsstaat

Welke conclusies dringen zich op ten aanzien van de mate van administrative justice in de lokale verzorgingsstaat? We hebben gezien dat de wetgever enigszins ambigu is ten aanzien van de rechtsbetrekking die moet ontstaan. Aan de hand van de literatuur over administrative justice vallen de inconsistenties in de ambitie van een humane rechtsbetrekking eenvoudig te herkennen. Allereerst is er de sterk op bezuinigingsdrift georiënteerde politieke wilsvorming. Gemeentebesturen worden geacht - en hebben zich gecommitteerd - om een bezuinigingsdoelstelling te realiseren ten opzichte van de situatie voorafgaand aan de decentralisatie. Dit krijgt vorm in de opdracht aan de gemeenteraad om de keuze te maken eventueel uit andere middelen dekking te zoeken voor de uitgaven die gepaard gaan met de lokale verzorgingsstaat. Het ligt voor de hand dat veel gemeenten daarvoor terugdeinzen, met als gevolg dat voorzieningen worden versoberd en - logischerwijs - in sobere regels worden neergelegd. Het gevolg is dat niet meer de burger met al zijn noden centraal staat, maar de realisering van de bezuinigingsdoelstelling: in plaats van de noden van de burger te inventariseren, kan worden volstaan met een verwijzing naar de algemene regel waaruit voortvloeit dat geen recht meer wordt verschaft op de gevraagde voorziening.

De volgende trade-off houdt verband met de complicering van de mogelijkheid om een geschil over de ondersteuning te adresseren bij een externe rechter. Met een stelsel van meldingen wordt weliswaar de mogelijkheid geboden om de rechtsbetrekking te informaliseren, maar de consequentie is (ook) dat een negatieve mededeling (dus de conclusie na de melding dat geen ondersteuning wordt geboden) niet aan een rechter kan worden voorgelegd. Bezien vanuit een perspectief van administrative justice zou men verwachten dat met het wegvallen van een organisatie-extern controle-instrument, er in ieder geval een organisatie-interne voorziening is om administrative justice te realiseren.

De zoektocht naar controlemechanismen past echter weer niet goed bij de keuze van de wetgever voor een model waarbij veel ruimte wordt toegekend aan de professional. In termen van Mashaw lijkt de gedecentraliseerde verzorgingsstaat een keuze voor 'professional treatment'. De reductie van het

belang van de juridische procedures waarbij de melding de intake vormt en de keukentafel het cruciale beslismoment, zijn daarvan symptomen. Maar ook de veronderstelde ‘samenspraak’ met de burger suggereert ‘client satisfaction’ als voornaam doel. Deze elementen passen volledig in het model van ‘professional treatment’ van Mashaw.

De betekenis van het professional treatment model is overigens beperkt tot die aspecten die inderdaad een professionele inschatting vergen. Gedacht kan worden aan situaties waarin medische informatie moet worden verzameld en geïnterpreteerd. Voor zover de feiten echter vaststaan, is de besluitvorming in het sociale domein niet meer of niet anders dan de afweging van het persoonlijke belang (de wens van de burger) tegen het algemene belang (de aanslag op de publieke middelen die de hulpvraag teweeg brengt). Juist waar het aankomt op die belangenafweging, voorziet de beleidstheorie in een ruime beleidsvrijheid voor gemeenten, waarbij het mantra van ‘maatwerk’ wordt aangehaald. Dit maatwerk betreft niet alleen de afstemming op specifieke kenmerken van de gemeente, maar ook - en vooral - de afstemming op de specifieke kenmerken van de cliënt.⁸⁸ Bezien vanuit het perspectief van administrative justice is voorspelbaar hoe deze ruimte zal worden ingevuld. De bureaucratische mechanismen leiden tot vormen van regulering.⁸⁹ Dit verschijnsel wordt nog eens versterkt door de juridische controle op de uitvoering. Ook al wordt een poging ondernomen om de rechter buiten de deur te houden: in de praktijk is deze er nog wel. Besluiten moeten dus ‘judge proof’ zijn.⁹⁰ Voor de rechterlijke controle vormt de verwijzing naar een algemene regel een aanwijzing dat de bestuurlijke besluitvorming tegemoetkomt aan normen van rechtsgelijkheid, maar met name ook zorgvuldigheid en evenredigheid.

2.3.6 Tussenconclusie

De herijking van de rechtsbetrekking in het sociale domein geeft aanleiding om mechanismen toe te passen die met het concept van administrative justice zijn ontwikkeld. De vertroebeling van de rechtsgang met de melding, de ruimte voor de professional die tegelijkertijd wordt beteugeld door de bezuinigingsdrift waarin de politieke context is geraakt, illustreren de inconsistenties ten aanzien van de humane rechtsbetrekking. Binnen deze inconsistenties moet het bestuur de besluitvormingsprocedure vormgeven. De vraag is welke keuzes daarbij worden gemaakt: hoe wordt de humane rechtsbetrekking vormgegeven? Om deze vraag te beantwoorden wordt in de volgende paragraaf verslag gedaan van een casestudy over de bestuurspraktijk na ruim een jaar lokale verzorgingsstaat.

88. Fleurke & Polhuis 2015, p. 12-14.

89. Vergelijk Tollenaar 2008.

90. Vergelijk Sainsbury 2008.

2.4 Praktijk van de humane rechtsbetrekking

De vraag die in deze paragraaf aan de orde komt, is in hoeverre de veronderstellingen in de praktijk kunnen worden herkend: wat blijft over van de administrative justice in de lokale verzorgingsstaat? Oftewel: wat zijn de zichtbare consequenties van de bestuurlijke keuzes? Om deze vraag te beantwoorden is een casestudy verricht. Volstaan wordt met drie cases. De drie cases zijn geselecteerd aan de hand van interviews met geïnterviewde sleutelfiguren en de verslaggeving erover in de media.⁹¹ Omdat de meeste veranderingen in het eerste jaar van de decentralisatie betrekking hebben op de Wmo 2015, zijn de drie cases aan die wet gerelateerd. De cases zijn bestudeerd aan de hand van (beleids)documenten en onderzoeksrapporten en interviews met enkele respondenten.

De eerste case betreft de vormgeving van het keukentafelgesprek. De tweede case gaat over de overheid die ‘nee’ verkoopt en de burger op zijn eigen verantwoordelijkheid wijst. Dit wordt nog het sterkst geïllustreerd met de uitbreiding van de definitie van wat wordt beschouwd als algemeen gebruikelijke voorzieningen in de zin van de Wmo 2015. De derde ontwikkeling betreft de verdeling van risico’s door marktpartijen in te schakelen bij de concretisering van de aanspraak. Dit betreft het zogenaamde taakindiceren. In het vervolg van deze paragraaf worden de drie cases beschreven. Daartoe wordt eerst beschreven welke praktijk is aangetroffen. Vervolgens wordt nagegaan hoe vanuit een juridisch perspectief op deze praktijk wordt gereageerd. Dat leidt tot enkele opmerkingen over de gevolgen voor administrative justice: waarom zijn de ontwikkelingen die zich worden beschreven zo teleurstellend gelet op de ambities van de wetgever?

2.4.1 Het keukentafelgesprek

Beleidspraktijk

Zoals eerder opgemerkt, is het keukentafelgesprek de aangewezen methode om na de melding te onderzoeken wat de individuele problemen zijn en welke ondersteuning daarbij past. Onder meer in kamerbrieven wordt geconsta-

91. De voornaamste bron die is geraadpleegd is de site van Binnenlands Bestuur (www.binnenlandsbestuur.nl). Deze site heeft een dossier over het sociale domein waarin vrij adequaat problemen in het sociale domein worden beschreven. Gesproken is met een tweetal raadsleden, een juridisch beleidsmedewerker, een consultant werkzaam bij een indiceringsbureau en een keukentafelambtenaar. Deze respondenten hadden niet betrekking op dezelfde gemeente of regio. De interviews zijn semigestructureerd afgenomen (er was een itemlijst, maar de vraagstelling beperkte zich daar niet toe) en dienden vooral om inzicht te krijgen in de dilemma’s en mechanismen die de keuzes in de praktijk domineren.

teerd dat de bejegening tijdens dat gesprek nog niet goed loopt.⁹² In zijn brief schrijft de staatssecretaris te hebben vastgesteld dat mensen nog niet goed geïnformeerd zijn over de spelregels.

De onduidelijkheid heeft onder meer betrekking op de status van het gesprek. Het keukentafelgesprek heeft geen juridische vorm of status. Het kan het gesprek zijn dat plaatsvindt na de melding en dat plaatsvindt in het kader van het onderzoek naar de beperkingen. Het kan echter ook het gesprek zijn dat plaatsvindt nadat een voorziening is toegekend, in de vorm van een overleg over de wijze waarop de voorziening wordt georganiseerd.

Bovendien is er variatie ten aanzien van de partijen die het keukentafelgesprek namens het gemeentebestuur voeren. Dat kunnen de beslissingsbevoegde ambtenaren zijn die een beslissing kunnen nemen ten aanzien van de hulpvraag, maar ook private aanbieders die belast zijn met de realisering van de hulpvraag en in mandaat van het gemeentebestuur het onderzoek verrichten.

Juridische beoordeling

De praktijk laat zien dat er verschillende keukentafelgesprekken naast elkaar bestaan, met een verschillend karakter en een verschillend (rechts)gevolg. De aard en functie van het keukentafelgesprek is in uitzonderlijke gevallen onderwerp van een juridisch geschil. Zo'n situatie deed zich voor in de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Oost-Brabant van 20 juli 2015.⁹³ In deze uitspraak oordeelde de rechter over een besluit van het gemeentebestuur van Veghel, waarin aan een belanghebbende een voorziening is verstrekt op grond van de Wmo 2015, waarna de zorgaanbieder BrabantZorgSchoon een keukentafelgesprek voert met de belanghebbende om de zorg vast te stellen. Dit keukentafelgesprek werd uiteindelijk verrekend met een zorguur, omdat de gemeente daar geen geld voor beschikbaar zou stellen. Onder de streep ontvangt de belanghebbende dus netto minder ondersteuning dan waaraan zij - gelet op hetgeen is afgesproken bij het keukentafelgesprek - behoefte heeft. De voorzieningenrechter kwalificeert deze praktijk als 'rond-uit schaafteloos' en stelt dat de belanghebbende het 'verdient (...) dat verweerder [dat is: de gemeente Veghel] haar tegen dergelijke praktijken in bescherming neemt.' Oftewel: de voorzieningenrechter wijst het gemeentebestuur aan als de hoofdverantwoordelijke voor het keukentafelgesprek waarin de individuele omstandigheden en de vorm en inhoud van de geboden ondersteuning worden vastgesteld.

92. *Kamerstukken II* 2015/16, 29538, 191 (brief van de staatssecretaris) zie ook ter illustratie de Kamervragen en de beantwoording daarvan in *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 1499. Let wel: de beschrijving van de beleidspraktijk suggereert niet dat in alle situaties de genoemde problemen zich voordoen. Er zijn ook gemeenten die voor een andere vormgeving kiezen en waarbij deze problemen niet kunnen worden herkend.

93. Rb. Oost Brabant (vzr.) 20 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4313, *RSV* 2015/113.

Administrative justice?

Het keukentafelgesprek is gepresenteerd als een instrument waarmee maatwerk wordt gerealiseerd. De praktijk laat iets anders zien. Dit houdt voor een belangrijk deel verband met een fundamenteel capaciteitsprobleem aan de zijde van de overheid: het is ondoenlijk om alle burgers die voorheen een voorziening ontvingen opnieuw te beoordelen en in te springen op de individuele omstandigheden van het geval. Een deel van deze taak wordt noodgedwongen doorgeschoven naar marktpartijen. In het geval alleen het onderzoek (het keukentafelgesprek) wordt uitbesteed, doet zich het probleem voor dat het bevoegde gemeentebestuur wel gedwongen is van tevoren de kaders aan te geven waarbinnen dat gesprek plaatsvindt, bijvoorbeeld welke uitkomsten het gesprek kan hebben. Deze normering staat haaks op het doel van het keukentafelgesprek dat immers juist zou moeten aansluiten op de individuele omstandigheden die van geval tot geval kunnen verschillen.

Het gegeven dat het verantwoordelijke gemeentebestuur op afstand staat, is pas echt problematisch indien het keukentafelgesprek al dan niet in fasen wordt opgedragen aan degene die ook verantwoordelijk is voor het realiseren van de zorg. In dat geval ontstaat een mogelijke vermenging van belangen. De zorgaanbieder wordt immers vaak op resultaat gefinancierd (aantallen cliënten die worden geholpen) en heeft er dus belang bij die taak zo laag mogelijk in te schalen (dus: zo min mogelijk uren toe te kennen), waarbij dan tevens het aanbod wordt gedaan om vrijwillig extra uren af te nemen bij dezelfde aanbieder.⁹⁴ De staatssecretaris heeft hierop weliswaar gereageerd door te benadrukken dat alle handelingen - ook die door zorgverleners - plaatsvinden onder verantwoordelijkheid van het gemeentebestuur.⁹⁵ De reactie zal dus zijn: een actieve monitoring,⁹⁶ uitmondend in meer normering en minder gevalsbenadering.

In beide gevallen zien we hetzelfde: de politiek gemotiveerde besparingsdoelstelling in combinatie met de bureaucratische neiging om te normeren - versterkt door marktrelaties en de noodzaak tot contractmonitoring - vertroebelen de doelstelling die met het keukentafelgesprek was beoogd, namelijk: de burger centraal en niet de regel. Van een humane rechtsbetrekking komt dan niets terecht.

2.4.2 Uitbreiding algemeen gebruikelijke voorzieningen

Beleidspraktijk

In een groot aantal gemeenten wordt de politieke keuze gemaakt om de publieke verantwoordelijkheid zoals die bestond onder de eerdere wetgeving, terug te brengen en af te stemmen op wat men heden ten dage als eigen ver-

94. Zie hierover: *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 1499.

95. *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 1499.

96. Vergelijk Corrà 2014.

antwoordelijkheid kwalificeert. De meest geëigende methode daartoe is een aantal voorzieningen die in het verleden nog golden als voorzieningen waarvoor men een beroep kon doen op ondersteuning van overheidswege, in de nieuwe situatie te definiëren als algemeen gebruikelijke voorzieningen. Een algemeen gebruikelijke voorziening is een voorziening die in principe voor iedereen beschikbaar is, of mensen nu wel of geen beperking hebben. Wat in de concrete situatie algemeen gebruikelijk is, hangt vaak af van de geldende maatschappelijke normen op het moment van de aanvraag. Een voorziening is algemeen gebruikelijk als deze:

- niet speciaal bedoeld is voor mensen met een beperking, én;
- in de reguliere handel verkrijgbaar is, én;
- in prijs vergelijkbaar is met soortgelijke producten.⁹⁷

Voor de rechtsbetrekking betekent dit dat er - in ieder geval vanuit het perspectief van het gemeentebestuur - geen recht op overheidsondersteuning bestaat.

Met de decentralisatie is in een aantal gemeenten de reikwijdte van het begrip algemeen gebruikelijk opgerekt tot huishoudelijke ondersteuning. De redenering daarbij is dat eenieder in principe in staat wordt geacht om voor een aantal uren in de week een hulp in de huishouding in te schakelen; of men nu gehandicapt is of niet. In het beleid wordt dan voorzien in een verkapte inkomenstoets, door de hulpbehoevenden met een smalle beurs (vaak gerelateerd aan de toepasselijke bijstandsnorm) een financiële tegemoetkoming te verstrekken omdat voor deze categorie burgers zou gelden dat de inschakeling van een huishoudelijke hulp niet algemeen gebruikelijk is. Een variant vormt de situatie waarin de huishoudelijke hulp voor een beperkt aantal uren per week als algemeen gebruikelijke voorziening wordt gekwalificeerd. Is meer hulp nodig dan algemeen gebruikelijk is, dan kan er weer recht bestaan op ondersteuning van overheidswege.

Juridische beoordeling

Over deze beleidskeuzes is veelvuldig geprocedeerd, resulterend in twee rechtbankuitspraken met een diametraal tegenovergestelde uitkomst. Enerzijds is er de uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 17 december 2015 waarin de rechtbank tot een oordeel werd geroepen over het beleid van de gemeente Lochem, waarin huishoudelijke ondersteuning als algemeen gebruikelijk werd gekwalificeerd.⁹⁸ Met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, waarin huishoudelijke ondersteuning wél werd aangemerkt als ondersteuningsvorm die onder de reikwijdte van de Wmo 2015 zou moeten vallen, kwam de rechtbank tot het oordeel dat

97. Deze definitie is ontleend aan de VNG modelverordening.

98. Rb. Gelderland 17 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7856.

‘(...) van cruciale betekenis [is] of hulp bij het huishouden naar geldende maatschappelijke opvattingen tot het gangbare gebruiks- dan wel bestedingspatroon van een persoon als eiseres behoort. De rechtbank acht van belang dat de hulp bij het huishouden, met de indicatie zoals deze voor eiseres is vastgesteld, het enige middel is om haar beperkingen bij het schoonmaken van haar huis op te heffen en dat dit feit enkel en alleen de reden voor eiseres vormt om van de hulp bij het huishouden gebruik te maken.’

Conclusie: in zijn algemeenheid valt niet vol te houden dat huishoudelijke hulp een algemeen gebruikelijke voorziening is.

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant dacht daar echter heel anders over. In een uitspraak van 7 januari 2016,⁹⁹ oordeelde de rechtbank over het Wmo-beleid van de gemeente Oosterhout waarin het gemeentebestuur van deze gemeente huishoudelijke hulp die verkrijgbaar is op de particuliere markt ziet als een aan de Wmo 2015 voorliggende voorziening. Alleen voor degenen die op het sociaal minimum leven, bestond de mogelijkheid om via bijzondere bijstand hulp gefinancierd te krijgen. Voor alle anderen geldt in deze gemeente huishoudelijke hulp als algemeen gebruikelijk.

Bij de beoordeling van dit beleid stelt de rechtbank vast dat de gemeente hiermee gevolg geeft aan de bedoeling van de wetgever zoals die blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wmo 2015. De rechtbank vindt voor dit oordeel onder meer steun in de memorie van toelichting bij de Wmo 2015.¹⁰⁰ Op pagina 26 is over het aspect ‘voeren van een gestructureerd huishouden’ vermeld: ‘Ondersteuning met het oog op het voeren van een gestructureerd huishouden omvat bijvoorbeeld hulp bij contacten met officiële instanties, hulp bij het aanbrengen van structuur in het huishouden, hulp bij het leren om zelfstandig te wonen, hulp bij het omgaan met onverwachte gebeurtenissen die de dagelijkse structuur doorbreken of hulp bij het omgaan met geld.’

Conclusie: het gemeentebestuur is naar het oordeel van de rechtbank met het uitsluiten van hulp bij het huishouden voor het uitvoeren van schoonmaakwerkzaamheden binnen de wettelijke kaders van de Wmo 2015 gebleven.

Opmerkelijk is nog dat de rechtbank uitdrukkelijk nadere brieven van de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 20 november 2014 (693238 129889-BPZ, pagina 17-18) en van 22 juni 2015 (784460-138262-DMO) negeert. In deze brieven stelt de staatssecretaris zich, samengevat, op het standpunt dat hulp bij het huishouden niet op voorhand mag worden uitgesloten als vorm van maatschappelijke ondersteuning. De rechtbank gaat hieraan voorbij omdat bij vragen over de uitleg van wetgeving de tekst en de parlementaire geschiedenis betekenis toekomt. Uitlatingen gedaan nadat de wettekst was vastgesteld en naar aanleiding van commotie in de

99. Rb. Zeeland-West-Brabant 7 januari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:9.

100. *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, 3.

samenleving en politiek over de mogelijke gevolgen van de Wmo 2015 voor de huishoudelijke hulp voor schoonmaakwerkzaamheden komen minder betekenis toe.

Administrative justice?

Beide uitspraken laten een bestaande praktijk zien waarin gemeentebesturen de grenzen verkennen van wat tot de gemeentelijke zorgplicht wordt gerekend. Dit is een inhoudelijke, politieke keuze, ingegeven door bezuinigingsdoelstellingen,¹⁰¹ die op zichzelf nog niets zegt over de procedure of de vormgeving van de rechtsbetrekking met de burger. Wat wél betrekking heeft op de procedure, is het automatisme waarmee de burger de deur wordt gewezen. Er vindt nauwelijks onderzoek plaats naar de individuele hulpvraag of bijzondere omstandigheden. Voor zover dat onderzoek al wel plaatsvindt, beperkt dat zich tot de financiële capaciteiten van de burger: aspecten die er eigenlijk niet toedoen bezien vanuit het perspectief van de Wmo 2015.

Beide uitspraken laten nog iets anders zien. Zoals eerder opgemerkt had de wetgever mede het oog op het informaliseren van de rechtsbetrekking tussen burger en overheid. Door in samenspraak na te gaan welke voorzieningen passend zouden zijn na de melding, zouden geschillen in een informeel traject kunnen worden opgelost - zonder bezwaar of beroep. De keuze voor een verruiming van de algemene voorziening - waarover ook niet veel samenspraak mogelijk is - resulteert juist in het omgekeerde: een hausse aan bezwaarschriften.¹⁰² De gedachte dat het informele karakter van een rechtsbetrekking ertoe leidt dat geschillen over de reductie van de voorziening niet escaleren in een bezwaar- en beroepsprocedure, is in zoverre naïef gebleken.

Dat zou echter weer anders kunnen zijn zodra de materiële regels over de reikwijdte van de ondersteuning door de overheid helder worden gemaakt. Beide uitspraken laten zien dat die helderheid allerminst gevonden is. De lagere rechters vinden in de parlementaire geschiedenis aangrijpingspunten waarmee de tegenovergestelde conclusie kan worden onderbouwd. Dat illustreert dat de wetgever op zijn minst ambigu is voor wat betreft de beleidsdoelstellingen. Het gevolg is onzekerheid die juridische procedures uitlokt. Een snelle rechtsvormende uitspraak van de hoogste rechter kan hieraan een eind maken. De vraag is of de rechtsbeschermingsprocedures zoals die nu bestaan daarop zijn voorbereid, nu op zijn vroegst anderhalf jaar na inwerkingtreding van de wet een uitspraak van de CRvB is voorzien en het bovendien niet eenvoudig is voor een rechter om een algemene uitspraak te doen op basis van een voorliggend geschil.¹⁰³

101. Dit is ook bevestigd in de interviews; soms werden daaraan nog communautaire doelstellingen toegevoegd ('gemeenschapszin', 'noaberschap' e.d.), maar dat waren vaak doelstellingen die de bezuiniging aanvaardbaar zouden moeten maken.

102. Zie: Y. de Koster, 'Bezwaarschriften leiden tot overuren', *Binnenlands Bestuur* 19 juni 2015.

103. Tollenaar 2015.

2.4.3 Rechtszekerheid: taakindicering

Beleidspraktijk

Een derde case betreft de praktijk waarin gemeenten risico's in de markt proberen 'weg te zetten', door de materiële invulling van de voorziening over te laten aan de aanvrager en de zorgverlener. Het gemeentebestuur volstaat dan met de toekenning van een 'schoon en leefbaar huis', waarna burger en zorgverlener onderling maar moeten afspreken welke werkzaamheden daaronder vallen.

De zorgverlener krijgt intussen een 'lump sum' bedrag van het gemeentebestuur, gebaseerd op een forfaitair aantal zorguren per cliënt. Of en hoe deze uren worden besteed, is aan de zorgverlener die daartoe samen met de burger een plan moet maken. Doorgaans heeft de zorgverlener zich jegens het gemeentebestuur verplicht om de afspraken met de burger vast te leggen in een werkplan of ondersteuningsplan en een klachtenprocedure vast te stellen voor het geval de burger niet tevreden is over de naleving van dat werkplan.

Juridische beoordeling

Bij het taakindiceren krijgt de burger te maken met twee partijen en (mogelijk) twee procedures. Enerzijds is er de beschikking met de algemene aanspraak op een schoon en leefbaar huis. Deze beschikking is appellabel als elke Awb-beschikking. Anderzijds heeft de burger te maken met de (private) zorgverlener bij wie hij terecht kan indien hij het niet eens is met de manier waarop invulling wordt gegeven aan de toegekende voorziening. Eventuele grieven jegens de zorgverlener hebben betrekking op feitelijke handelingen (of het ontbreken daarvan). Deze uiten zich dus in ieder gevallen in de vorm van klachten en onttrekken zich daarbij bovendien aan het zicht van het bestuursorgaan, omdat deze immers geadresseerd zijn aan de zorgverlener.

De juridische complicatie kan zich dan voordoen dat de klacht over de invulling van de toegekende voorziening zich pas manifesteert indien de bezwaartermijn van de beschikking waarmee de voorziening is toegekend, is verstreken. Het gevolg: bezwaar is niet meer mogelijk.

Over deze praktijk is ook geprocedeerd in eerste aanleg. De rechtbanken achten de toekenning van een voorziening als 'schoon en leefbaar huis' onvoldoende concreet om rechten aan te kunnen ontleen. Zeker waar in nadere regels, of in een nader ondersteuningsplan niet wordt geconcretiseerd wat onder die voorziening moet worden verstaan. Voor zover de invulling van de voorziening in de vorm van een ondersteuningsplan pas plaatsvindt nadat de bezwaartermijn tegen de beschikking is verlopen, wordt aangenomen dat die nadere invulling moet worden gezien als verlengde besluitvorming, zodat de bezwaartermijn pas begint te lopen nadat de voorziening is uitgewerkt in de vorm van een bekendgemaakt ondersteuningsplan.

Administrative justice?

De versnippering van procedures door het taakindiceren heeft als aantrekkelijk perspectief dat maatwerk wordt geleverd in overleg met de burger. Het indiceren in 'taken' geeft de zorgverlener een prikkel om huishoudelijke hulp slimmer vorm te geven en zo mogelijk besparingen te realiseren.¹⁰⁴

Procedureel is echter de voornaamste consequentie dat de burger met twee procedures wordt opgescheept indien dat maatwerk niet wordt geleverd. De burger komt dan tussen twee vuren terecht: de zorgverlener die bij klachten verwijst naar de gemeente die 'te krap heeft aanbesteed' en de gemeente die verwijst naar de zorgverlener die 'maar moet zorgen voor een schoon huis'.

Daar komt dan bij dat in beide geschillen verschillende procedureregels van toepassing zijn. Het bestuursrecht kent immers vaste termijnen, terwijl het bij de realisatie van de toegekende voorziening gaat om steeds terugkerende feitelijke handelingen waarover steeds opnieuw klachten kunnen ontstaan. Bovendien is op voorhand niet duidelijk wat de consequentie van de uitkomst van de procedure is: kan de zorgverlener worden gedwongen meer inspanningen te verrichten om het huis schoon te houden?

2.5 Conclusie en aanbevelingen

In deze studie werd de vraag gesteld in hoeverre de lokale verzorgingsstaat een humane rechtsbetrekking realiseert en hoe deze humane rechtsbetrekking kan worden gewaarborgd. Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat de wetgever inderdaad een andere rechtsbetrekking op het oog heeft gehad: minder gejuridiseerd en met meer aandacht voor de burger in al zijn omstandigheden. In het ideale geval vindt via keukentafelgesprekken en maatwerkvoorziening ondersteuning plaats die aansluit bij wat de burger nodig heeft. Tegelijkertijd - en dat moet ook worden geconstateerd - heeft de wetgever dit oogmerk verbonden aan een besparingsdoelstelling, waarbij de burger een hoge mate van eigen verantwoordelijkheid wordt toegedicht.

De besparingsdoelstelling kan op zichzelf argumenten verschaffen voor de rechtvaardigheid van de concrete besluitvorming in de lokale verzorgingsstaat. Juist ook omdat dit in de lokale context leidt tot een politieke afweging waarbij middelen die worden gereserveerd voor de verzorgingsstaat worden afgewogen tegen andere beleidsdoelstellingen. Tegelijkertijd leidt dit tot een praktijk - bijvoorbeeld door oprekken van het begrip algemeen gebruikelijk - die juist tot uniformering van de besluitvorming leidt. De oorspronkelijke doelstelling van de humane rechtsbetrekking verdwijnt daarmee uit beeld. De burger wordt het in de lokale verzorgingsstaat moeilijk(er) gemaakt om zijn

104. In economische termen is de prikkel verschoven van input (aantal zorguren) naar output (resultaat). De zorgverlener heeft dan een prikkel om te streven naar een lagere input.

recht te halen, wordt vermalen tussen verschillende procedures die geen integraal antwoord geven op de vraag welke rechten de lokale verzorgingsstaat verschaft.

De leemte die aldus ontstaat, vergt actie van de wetgever die in wetgeving geschilbeslechtingsprocedures kan vormgeven, van het bestuur dat het gebruik van de bevoegdheden kan normeren en instanties kan instellen die toezicht houden op de menselijke maat en ten slotte van de rechterlijke macht die in staat moet zijn om daadwerkelijk recht te doen. In het vervolg van deze paragraaf worden voor elk van de drie fora aanbevelingen geformuleerd met het oog op de versterking van de humane rechtsbetrekking.

2.5.1 Wetgever: integrale geschilbeslechting

Eén van de problemen die in de decentrale verzorgingsstaat opdoemt, is de versnippering van geschilbeslechting over private en publieke instellingen. De grondslag is echter steeds een bestuursrechtelijk besluit waarin een recht wordt toegekend. Het ligt daarom voor de hand om de klachten over de gevolgen van dat besluit, in de zin van de feitelijke handelingen die daarna plaatsvinden, te behandelen in een integrale procedure. Het Wetsvoorstel integrale aanpak klachtafhandeling in het sociale domein kan worden gezien als een poging om dit doel te bereiken.¹⁰⁵ Dit wetsvoorstel kent drie belangrijke aanpassingen ten opzichte van het reguliere bestuursprocesrecht. Allereerst wordt de beroepstermijn verlengd van zes weken tot een half jaar na het bestreden besluit. In de tweede plaats zijn de partijen die deelnemen aan het proces niet beperkt tot het bestuursorgaan en de belanghebbende, maar kan ook de zorgaanbieder als procespartij bij de procedure worden betrokken. In de derde plaats is het onderwerp van geschil niet beperkt tot het besluit waarin rechten of plichten worden toegekend, maar kan de rechter ook tot een oordeel worden geroepen over uitvoeringshandelingen door de zorgaanbieder.

De ambitie van dit wetsvoorstel is helder: voorkomen dat de burger in parallelle procedures belandt. Toch kunnen twee kanttekeningen bij dit wetsvoorstel worden geplaatst. Allereerst beperkt de wetgever de integrale aanpak tot de wetten die tot de lokale verzorgingsstaat gerekend worden. Andere wetten worden daarbuiten gehouden. De wetgever opent een doos van Pandora door het besluitbegrip te relativiseren en procedurele beperkingen te verlichten voor deze geschillen. De motiveringslast waarom niet ook besluitvorming op grond van andere wetten, waarin zich een vergelijkbare problematiek voordoet, in een integrale aanpak kan worden beoordeeld, wordt immers navenant groter.¹⁰⁶ Als oplossing zou men kunnen denken aan een nog verde-

105. *Kamerstukken I* 2015/16, 32 402, S.

106. Vergelijk CRvB 7 april 2010, AB 2010/173 m.nt. Tollenaar over het besluitkarakter van een inkomensoverzicht.

re verruiming, waardoor alle ‘tweepartijengeschillen’, waarbij geen derdebelanghebbende belang heeft bij een andere afdoening van het geschil (dus: sneller en beperkt tot het besluit), een ruimere toegang tot de rechter wordt verschaft.¹⁰⁷

Een tweede kanttekening is de vraag of het bezwaar en beroep zoals we dat nu kennen in het bestuursrecht, de juiste modaliteiten zijn om deze geschillen op te lossen. In het (recente) verleden is regelmatig gewezen op het formele karakter van deze procedures.¹⁰⁸ Pogingen om deze procedures te informaliseren stuiten niet alleen op organisatorische problemen, maar ook op het probleem dat de juiste vaardigheden ontbreken. Dat geldt dan zowel in bezwaar als beroep.¹⁰⁹ Kortom: wil men serieus werk maken van een integrale geschilbeslechting in het sociale domein, dan vergt dat ook aandacht voor de vaardigheden van degenen die deze geschillen moeten beslechten.

2.5.2 Bestuur: governance en toezicht

Of de humane rechtsbetrekking tot stand komt, is vooral afhankelijk van de keuzes die het bestuur maakt bij de uitvoering van de lokale verzorgingsstaat. Nu de wetgever onzekerheid creëert door ruimte te laten, is het aan het bestuur om deze leemte op te vullen. Dat is uiteindelijk een kwestie van governance en toezicht.

Met governance wordt bedoeld op instituties die bijdragen aan een procedureel voorspelbare en controleerbare besluitvorming en ondersteuning. Niet om de burger (materieel) te geven waar hij om vraagt, maar om duidelijkheid te verschaffen over bevoegdheden en verantwoordelijkheden. Daarbij kan men denken aan nieuwe procedurele regels die het bestuur binden, maar ook aan spelregels waaraan zorgaanbieders zich moeten houden.

Aan nieuwe procedurele regels bestaat behoefte, zo blijkt uit de ‘spelregels Wmo’ die door de ANBO (een belangenorganisatie voor senioren) is ontwikkeld.¹¹⁰ Dit document bevat dertig spelregels die volgens de ANBO als kwaliteitsstandaard dienen voor het proces van melding tot maatwerkvoorziening. De spelregels hebben bijvoorbeeld betrekking op de inhoud van de brief die de burger ontvangt na de melding (spelregel 2). Deze zou de uitnodiging voor een gesprek moeten bevatten, waarbij de melder meteen wordt ingelicht over wat tijdens het gesprek aan de orde zal komen en wordt gewezen op de mogelijkheid voor een onafhankelijke cliëntondersteuning.

De uniformering strekt zich ook uit over het onderzoek na de melding. Het gemeentebestuur dient een persoonlijk gesprek te organiseren en het

107. De Graaf 2013; en het betoog over het bestuurs(proces)recht van twee gestrengheden van Damen, zie bijvoorbeeld CRvB 10 juni 2015, AB 2015/343, m.nt. Damen.

108. Brenninkmeijer & Marseille 2011.

109. Marseille e.a. 2015, p. 46 en 58.

110. ANBO 2015.

onderzoek ‘dient objectief plaats te vinden en mag niet tot een impliciet of expliciet vooropgezette uitkomst leiden.’ (spelregel 9). Ook interessant is spelregel 16: ‘Degene die het gesprek voert mag niet de cliënt dringend een procedure, voorziening of dienst adviseren, wetende dat - de motieven en beweegredenen van de cliënt kennende - dit advies niet strookt met diens belang.’

Dit soort spelregels zouden zich ook kunnen uitstrekken over de aard van de verschillende handelingen van zorgaanbieders. Voor de zorgbranche gelden al verschillende gedragscodes; soms ontwikkeld door de zorgaanbieder zelf en in andere gevallen door brancheverenigingen.¹¹¹ Gemeenten hanteren deze codes niet zelden als een selectiecriteria bij de gunning van opdrachten, of schrijven het ontwikkelen van een gedragscode voor in de convenanten die ontstaan met zorgaanbieders.¹¹² Voor de humane rechtsbetrekking is van belang dat deze codes qua inhoud en strekking zoveel mogelijk vergelijkbaar zijn en dat bovendien is voorzien in een daadwerkelijk sanctie-instrumentarium indien de codes niet worden gevolgd.

De noodzaak van een sanctie-instrument duidt op de noodzaak van toezicht. Geconstateerd wordt dat het bestuur nauwelijks in staat is informatie te verzamelen over de wijze waarop voorzieningen worden gerealiseerd. Waar het bestuur wel informatie heeft opgevraagd, is het niet in staat deze te beoordelen en laat het ten slotte na te interveniëren. Dat duidt op een toezichtstekort.¹¹³ Om dit tekort te vereffenen kan gedacht worden aan nieuwe vormen van toezicht. Als voorbeeld kunnen de sociaal ombudsmannen worden genoemd.¹¹⁴ Deze hebben als taak klachten en problemen te onderzoeken die te maken hebben met het sociale domein. De ombudsman heeft de mogelijkheid om stelselkeuzes ambtshalve te onderzoeken en daarover rapport uit te brengen. Deze functie wordt vervuld naast de meer praktische ondersteuning van burgers in de vorm van het verwijzen naar juiste procedures.

Het ontwikkelen van procedurele spelregels en de instelling van nieuwe functionarissen die toezicht houden op de uitvoering van het sociale domein, zijn beiden voorbeelden van governancestructuren waarmee de ruimte die de wetgever het bestuur biedt, wordt ingevuld en die bijdragen aan een voor-spelbare procedurele structuur.

111. Bijvoorbeeld de BTN Gedragscode (een branchevereniging). Maar ook de Code verantwoordelijk marktgedrag Thuisondersteuning van de Transitiecommissie Sociaal Domein (www.transitiecommissiesociaaldomein.nl) valt daaronder.

112. Zo is in het Convenant tussen de gemeenten Delfzijl, Appingedam, Loppersum, Bedum, De Marne, Winsum en Eemsum en de aanbieders TSN Thuiszorg, Zonnehuisgroep Noord, Beter Thuis Wonen Thuis en 't Gerack afgesproken dat de aanbieders kwaliteit moeten borgen en dat kunnen bewijzen door - bijvoorbeeld - een HKZ certificaat te overleggen.

113. De Ridder 1988.

114. Verschillende gemeenten hebben een sociaal ombudsman. Zie bijvoorbeeld de Sociaal ombudsvrouw De Wolden 2015, p. 9-10.

2.5.3 Rechter: adequate rechtsvorming

De wetgever heeft gekozen voor een tamelijk ruime zorgplicht voor het bestuur. Dat leidt als vanzelf tot een rechtsonzekere situatie waarbij steeds de vraag is of de keuzes die het bestuur maakt, nog recht doen aan de oorspronkelijke doelstellingen van de wetgever. Dat vergt rechtsvorming. De uitspraken die hiervoor zijn besproken, laten zien dat de rechter - zeker in eerste aanleg - bij die rechtsvormende taak tot uiteenlopende antwoorden kan komen.¹¹⁵

Het toenemend belang van de rechtsvormende taak van de rechter leidt tot nieuwe vragen. Legt de rechter wel voldoende rekenschap af van zijn rechtsvormende taak? Heeft hij wel de expertise om in relevante zaken een beslissing te nemen? Wordt hij wel tijdig bereikt in de relevante zaken? En is zijn uitspraak wel richtinggevend genoeg? En vooral: hoe past een rechtspraak die richting geeft en actief bijdraagt aan de rechtsvorming bij de rol die de rechter overigens in bestuursrechtelijke geschillen heeft?

Los van deze algemene bedenkingen ten aanzien van rechtsontwikkeling door de rechter zijn er ten minste drie aspecten in de rechterlijke controle die aandacht behoeven. In de eerste plaats betreft dat de toegang tot het recht. De toegang tot het recht wordt bepaald door formele belemmeringen over ontvankelijkheid. Het eerder besproken wetsvoorstel integrale geschilbeslechting in het sociale domein geeft daar een antwoord op. Daarnaast zijn er echter praktische belemmeringen, waaronder het griffierecht dat wordt geheven voor toegang tot de rechter. Het griffierecht moet niet zodanig hoog zijn dat de rechter praktisch niet kan worden bereikt. In zoverre is het een gunstige ontwikkeling dat de voorgenomen verhoging (en complicering) van de griffierechten van de baan is.¹¹⁶

Een tweede aspect betreft de (gefinancierde) rechtsbijstand. Bij een stelsel dat materieel complex is door ontbrekende normering, kan nauwelijks worden verwacht dat de burger zelf de juiste argumenten aandraagt die bijdragen aan de rechtsvorming. Waar de doelgroep niet kapitaalkrchtig genoeg is om zelf in rechtsbijstand te voorzien, ligt het op de weg van de overheid om rechtsbijstand (deels) te bekostigen. Het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand kan zich op onverminderde aandacht van regering en kabinet verheugen. Voorstellen om de financiering te beperken stuiten op verzet van - met name - de Eerste Kamer. Inmiddels is er in de vorm van een onderzoeksrapport van de commissie Wolfsen inzicht verschaft in de gevolgen van een verdere bezuiniging op de rechtsbijstand.¹¹⁷ Het rapport van deze commissie opent de mogelijkheid om te differentiëren in rechtsbijstand en - bijvoorbeeld

115. Tollenaar 2015, p. 203

116. *Kamerstukken II* 2015/16, 34300 VI, 23.

117. *Kamerstukken II* 2015/16, 31753, 110.

- voor geschillen in het sociale domein ruimhartiger te subsidiëren.¹¹⁸ Het wachten is op een kabinetsreactie.

Indien de burger eenmaal zijn geschil aan de rechter heeft voorgelegd, komt het aan op de toetsingsintensiteit waarmee de rechter het geschil beoordeelt. Met Hirsch Ballin kan worden geconcludeerd dat de ruimte die de wetgever laat geen ‘judicial restraint’ moet opleveren.¹¹⁹ Het is aan de rechter om het legitimiteitstekort op te lossen. De hoogste rechter in het sociale domein - de CRvB - heeft wat dit aangaat een traditie opgebouwd die iets afwijkt van de andere hogere bestuursrechters.¹²⁰ De vraag is wat van die bijzondere rechtspraak overblijft na een herverdeling van de rechtsmacht, waarbij de rechtsmacht van de CRvB wordt verspreid over vier hoven en is voorzien in een cassatiemogelijkheid bij de Hoge Raad. Hoewel dat laatste de rechtseenheid waarborgt, valt in ieder geval op dat de rechtsvorming door de rechter in het sociale domein in een onzekere situatie terechtkomt. De onzekerheid wordt bepaald door het feit dat meerdere hoven bevoegd zijn, maar vooral ook door het gegeven dat het finale oordeel door de Hoge Raad langer op zich laat wachten.¹²¹

Hier staat tegenover dat de herverdeling wel de mogelijkheid biedt om de ‘eigenheid’ van het sociale domein verder vorm te geven - net zoals dat in het fiscale bestuursrecht het geval is.¹²²

De aanbeveling die uit het voorgaande voortvloeit voor de rechter is: kies waar mogelijk voor een indringende toets en houd daarbij oog voor het bijzondere van het sociale domein. Voor zover de wetgever inderdaad kiest voor een herverdeling van rechtsmacht, kan daarin een aangrijpingspunt worden gezien om die bijzondere lijn te versterken.

118. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 31753, 110, p. 110 en 176.

119. Hirsch Ballin 2015, p. 43

120. Zie: Ortlep 2015, p. 106 e.v. Zie ook: Vermeer 2006.

121. Tenzij de Hoven en de Hoge Raad tezamen sneller werken dan de CRvB.

122. Die ruimte voor afwijking biedt dan tevens de mogelijkheid om de CRvB-eigen jurisprudentielijnen voort te zetten. Het zal niet het oogmerk zijn van de wetgever maar wel een mogelijk gevolg.